

ドイツ法における譲渡担保権の担保的取り扱い

—設定者の倒産手続における展開を中心に—

Die pfandrechtliche Behandlung des Sicherungseigentums im deutschen Recht:

Die Entwicklung im Insolvenzverfahren des Sicherungsgebers

博士後期課程 民事法学専攻 2012 年度入学

清水 裕一郎

SHIMIZU Yuichiro

【論文要旨】

ドイツ法においては、譲渡担保権者は原則として所有者とされるにもかかわらず、設定者の倒産手続の場合には、譲渡担保権者は目的物の所有者に認められる取戻権ではなく、質権者等の担保権者と同様に別除権を有するに過ぎないとされている。本稿の目的は、ドイツ法において、このような倒産手続における譲渡担保権の担保的な取り扱いが認められるに至った根拠について分析するとともに、そのような担保的な扱いは、設定者の倒産手続以外の場合にも譲渡担保権を担保的に取り扱う根拠となり得るか否かについて検討することである。検討の結果、ドイツ法においては、旧ドイツ破産法の時代の判例法理から現行のドイツ倒産法典制定に至るまで一貫して、設定者の破産・倒産の場合に譲渡担保権は取戻権ではなく別除権として取り扱われてきたこと、設定者の破産手続において譲渡担保権が別除権とされることを根拠として、設定者の破産手続以外の場合にも譲渡担保権を担保的に取り扱う裁判例が複数存在すること、このような取り扱いの理由として、判例、学説及びドイツ倒産法典の立法過程において、質権との実質的及び経済的な類似性が指摘されていることの3点が明らかとなった。

【キーワード】 ドイツ法、譲渡担保、倒産手続、別除権、質権

目次

I はじめに

II 旧ドイツ破産法における譲渡担保権

一 序論

二 裁判例の展開

三 学説の評価

四 本章のまとめ

III ドイツ倒産法典の立法過程における展開

一 序論

二 討議草案

三 参事官草案

四 政府草案及び現行のドイツ倒産法典

五 本章のまとめ

IV 日本法への示唆

I はじめに

近年、資金調達手段として動産担保の重要性が増してきていることに伴い、同一の動産上に複数の担保権が競合するという状況が問題とされるようになった。これまでの研究においては、動産担保の競合のうち、最高裁が既に判示している所有権留保と譲渡担保の競合（最判昭和58年3月18日金判684号3頁）、複数の譲渡担保の競合（最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁）、譲渡担保と動産先取特権の競合（最判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁）についてそれぞれ検討を試みた⁽¹⁾。これらの3つの競合類型に共通する問題として、譲渡担保をどのように取り扱うかが問題となる。所有権移転という譲渡担保の法形式を重視するならば、譲渡担保権を所有権として取り扱うべきである一方で、担保としての実質を重視するならば、担保権として取り扱うことが求められる。これまでの検討の結果として、少なくとも動産担保の競合においては譲渡担保権を担保的に構成することが妥当であり、その解決策として、いずれの場合においても譲渡担保に動産質権の規定を類推適用すべきとの結論に達した。

これらの研究に当たっては、比較法として、ドイツ法における動産担保の競合について検討を行った。ドイツにおいても我が国と同様に、譲渡担保が実務上広く用いられているが、通説によ

(1) 所有権留保と譲渡担保の競合については、拙稿「所有権留保の法的性質に関する一考察—所有権留保と譲渡担保の競合の解決を目的として—（一）・（二・完）」法学研究論集37号373-392頁・38号251-273頁、複数の譲渡担保の競合については、拙稿「複数の譲渡担保の競合」法学研究論集39号217-235頁、譲渡担保と動産先取特権の競合については、拙稿「譲渡担保と動産先取特権の競合」法学研究論集40号211-229頁を参照。

ると、譲渡担保によって譲渡担保権者は形式通りに目的物の所有権を取得するものとされており⁽²⁾、動産担保の競合においても原則的に譲渡担保権者は所有者として取り扱われる。しかしながら、一部の有力な学説は、このような原則を維持しつつも、例外的な場面において譲渡担保権を約定質権と同様の担保権として取り扱うことを試みており、その根拠として、譲渡担保権は設定者の倒産手続において別除権として取り扱われていることを挙げている⁽³⁾。

ドイツ法においては、既に述べたように、譲渡担保権者は原則として所有者とされるにもかかわらず、設定者の倒産手続の場合には、譲渡担保権者は目的物の所有者に認められる取戻権ではなく、質権者等の担保権者と同様に別除権を有するに過ぎないとされている⁽⁴⁾。本稿の目的は、ドイツ法において、このような倒産手続における譲渡担保権の担保的な取り扱いが認められるに至った根拠について分析するとともに、そのような担保的な取扱いは、上述の一部学説が主張するように、設定者の倒産手続以外の場合にも譲渡担保権を担保的に取り扱う根拠となり得るか否かについて検討することである。このような譲渡担保権の担保的な取り扱いに関するドイツ法の状況を検討することは、我が国における譲渡担保権の取り扱いを考察する上でも有益であると思われる。

本稿における検討の順序として、まず第一に旧ドイツ破産法の下での譲渡担保権の取り扱いについて確認した上で（Ⅱ）、ドイツ倒産法典の立法過程におけるこの問題の展開を概観し（Ⅲ）、最後にドイツ法の状況が日本法にどのような示唆を与えるかについて検討する（Ⅳ）。

Ⅱ 旧ドイツ破産法における譲渡担保権

一 序論

ドイツにおいては、現行のドイツ倒産法典（Insolvenzordnung, InsO）が1999年1月1日から施行されているが⁽⁵⁾、それ以前の旧ドイツ破産法典（Konkursordnung, KO）においては⁽⁶⁾、設定者が破産した場合における譲渡担保権の取り扱いに関する規定が存在しなかった。このため、このような場合において、譲渡担保権者は譲渡担保の目的物に対して、所有権移転という譲渡担保の法形式に従い、取戻権（Aussonderungsrecht）を有するのか（KO43条⁽⁷⁾）、それとも

(2) 詳細は、拙稿「複数の譲渡担保の競合」前掲注（1）220頁を参照。

(3) 領域譲渡担保（我が国における集合動産譲渡担保に相当）と使用賃貸人の質権の競合について、拙稿「譲渡担保と動産先取特権の競合」前掲注（1）217-221頁。Vgl. Jürgen Vortmann, Raumsicherungsübereignung und Vermieterpfandrecht, ZIP 1988, S. 628.; Gerfried Fischer, Vorrang des Vermieterpfandrechts vor dem Sicherungseigentum? - BGHZ 117, 200, JuS 1993, SS. 544-545.

(4) この問題に関するドイツ法の状況についての先行研究として、田高寛貴『担保法体系の新たな展開』93-94頁（勁草書房 平成8年）が存在する。

(5) BGBl. I S. 2866.

(6) RGBl. S. 351.

(7) KO43条「物権的または人的な権利に基づく（auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts）、破産財団（Konkursmasse）からの、破産者（Gemeinschuldner）に帰属しない目的物の取戻しに対する請求権（die

質権者等の担保権者と同様に、別除権 (Absonderungsrecht) を有するに過ぎないのか (KO48 条⁽⁸⁾) が問題となった。これは、旧ドイツ和議法典 (Vergleichsordnung; VerglO) が⁽⁹⁾、設定者の和議手続において、譲渡担保権者を別除権者として取り扱う旨を明示的に規定していたこととは対照的である (VerglO27 条 2 項⁽¹⁰⁾)。

本章においては、旧ドイツ破産法の下で設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いについて判示した、ライヒ裁判所 (Reichsgericht; RG) 及び連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof; BGH) の主要な裁判例の展開を確認した上で、それに対する学説の評価について検討する。

二 裁判例の展開

1. 序論

設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いについて言及されている裁判例は、RG の初期のものから BGH の比較的最近のものに至るまで多数存在する⁽¹¹⁾。これらの裁判例においては一貫して、譲渡担保権者は質権者等の担保権者と同様に別除権者として取り扱われているが、その理由について明確に判示したものは、さほど多くはなく、この問題が直接的に争点とされた裁判例は、RG の比較的初期のものに限られている。それ以降の裁判例は、設定者の破産手続において譲渡担保権が別除権として取り扱われることを根拠として、破産手続以外の場合において

Ansprüche auf Aussonderung) は、破産手続外で適用される法律に従って決定される。」

(8) KO48 条「破産財団に帰属する目的物に対して、法律行為によって設定された質権 (ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht) を有する債権者は、その質権が設定された目的物から、その質債権 (Pfandforderung)、まず第一に費用 (Kosten)、次に利息 (Zinsen)、最後に元本 (Kapital) に基づいて、別除的満足 (abgesonderte Befriedigung) を請求することができる。」

(9) RGBl. I S. 321, ber. S. 356.

(10) VerglO27 条 2 項「別除権者 (Absonderungsberechtigte) に対する諸規定は、債権の担保のために物または権利を移転された債権者、及び破産における満足に別除権者に対する諸規定が準用される者に対しても妥当する。」

(11) 主なものとして、RGZ 24, 45, 48f.; RGZ 92, 12, 15; RGZ 118, 209; RGZ 124, 73, 75; RGZ 145, 188, 193; RGZ 157, 40, 45; BGHSt 3, 32, 35; BGH WM 1952, 372 = NJW 1959, 939; BGH NJW 1962, 46; BGH WM 1962, 1316, 1317; BGH WM 1965, 84, 85; BGH WM 1965, 1250, 1251; BGH WM 1968, 242, 243; BGH WM 1977, 1422 = NJW 1978, 633; BGHZ 72, 141, 146f. = NJW 1978, 1859, 1860; BGH KTS 1980, 136, 139 = ZIP 1980, 40, 42; BGHZ 95, 149, 152f. = NJW 1985, 2649; BGH ZIP 1986, 720, 722; BGH WM 1987, 74, 76; BGHZ 134, 195, 197 = NJW 1997, 3021, 3022. Vgl. Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III, 1970 (zit., Serick, EuS III), S. 266.; *Konkursordnung Kommentar von Georg Kuhn/Wilhelm Uhlenbruck*, 10. Aufl. 1986, § 43, Rdnr. 15 c.; *Konkursordnung mit Gesamtvollstreckungsordnung von Joachim Kilger/Karsten Schmidt*, 16. Aufl. 1993, § 43, S. 263.; *Kommentar zur Konkursordnung von Harald Hess*, 5. Aufl. 1995, § 43 [Harald Hess], Rdnr. 83.; *Ludwig Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, S. 259.; *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Bd. 1, § § 1-102, 2. Aufl. 2007, § 51 [Hans Gerhard Ganter] (zit., Münchner/Ganter), Rdnr. 1, 5.; *Insolvenzordnung Kommentar von Wilhelm Uhlenbruck/Heribert Hirte/Heinz Vallender*, 13. Aufl. 2010, § 51, Rdnr. 3.; *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3, § § 925-984, Neubearbeitung 2011, Anhang zu § § 929-931 [Wolfgang Wiegand], Rdnr. 254.

も譲渡担保権を担保的に取り扱うことができるか否かが問題となったものである。

以下においては、設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いについて判示した裁判例のうち、まず第一に、この問題が直接的に争点とされた裁判例を検討した上で、その後の裁判例の展開についても確認する。

2. 譲渡担保権の取り扱いが直接的に争点とされた裁判例

(1) RG 1889 年 2 月 2 日判決 (RGZ 24, 45)

①事実の概要

ハンブルクに住所を有する訴外 V は、V の財産に属する債権を 1883 年に X に譲渡担保として提供した。1884 年に、V の財産に関して破産手続が開始された。X は V の一般債権者として、譲渡担保 (cessio in securitatem) の被担保債権全額について破産財団からの配当を要求し、その後で配当によっては満足を得ることができない被担保債権の残額については、X に担保のために譲渡された債権の取り立てまたはその債権の換価によって満足を受けることを試みた。これに対して、V の破産管財人 Y は、このような X の権限を否定したため、X は Y に対して訴えを提起した。1 審は X の請求を認容したが、控訴審は請求を棄却したため、X が上告した。

②判旨

RG 1889 年 2 月 2 日判決は、以下のように判示して、X の上告を棄却した。

「債務者によって債務者の財産に属する物または権利が債権者に担保のために譲渡された場合には、譲渡担保権の設定を受けた債権者は、その後で行われる、債務者の財産に関する破産手続の開始の際に、全ての被担保債権について破産財団からの満足を主張する権限を有するわけではない。」破産者の債権者が質権の設定を受けていた場合において、当該債権者には破産財団から配当の支払いを受ける権利が制限され、別除権が与えられるという破産法の規範の根拠は、本質的に公益 (öffentliches Interesse) に根ざしており、「債権者の別除権の存在については、債権者の債権の担保のために実行された、当該行為の時点で債務者の財産に属する物または権利の譲渡 (Übereignung⁽¹²⁾) という、ライヒ破産法 (Reichskonkursordnung) において明示的には示されていない場合においても、全く同様の重要性がある。(中略) 債権者の債権を担保するために債務者から移転した財産は、債権者にその財産が帰属しているにもかかわらず、債務者の義務の履行を促す手段として債権者に対して役立つという意味において、(中略) 実質的には (materiell) 債権者に質権が設定された債務者の財産とは少しも異なるところがない。」「破産法が譲渡担保権の設定を受けた債権者について規律する際に、上述の譲渡による担保が明示的には考えられ

⁽¹²⁾ 現在のドイツ民法学において、Übereignung は「物の所有権譲渡」を意味する単語であるが、本判決においては、物だけでなく債権等の権利の譲渡も含めて用いられていることが明らかである。本判決が出された 1889 年当時は、現行のドイツ民法典 (BGB) が制定される前であることもあり、現在のような用語法が確立されていなかったものと思われる。したがって、このような事情を踏まえて、本判決に限り Übereignung を「譲渡」、übereignen を「譲渡する」と訳すこととした。

ていないということから、法律の意味において、このような担保が破産者の財産に関する占有質（Faustpfand）の場合の基本原則によっては規範化されていないと結論づけることは、説得力を欠く。」

③考察

債権の譲渡担保権者 X が、担保権設定者 V の破産手続において、譲渡された債権から被担保債権の満足を得る前に、被担保債権全額について破産財団からの配当を要求したことにつき、V の破産管財人 Y との間で、その妥当性が争われた事案である。RG は、物または権利の譲渡担保権者も質権者と同様に、破産財団から配当を受ける権利が制限され、最初に担保目的物に対する別除権を行使しなければならないとして、X の主張を認めなかった。本判決は、設定者の破産手続において、譲渡担保権者には目的物に対する別除権が与えられるとともに、破産法における不足額責任主義は譲渡担保権者にも適用されることを判示したものである。その理由として、譲渡担保は、債務者による債務の履行を促す手段として用いられるという点において、実質的には質権と同じであることを挙げており、本判決において既に質権との実質的な類似性が意識されている。本判決は、設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いについて判示した最初の裁判例であり、判例においては当初から譲渡担保権を別除権として取り扱っていたことが分かる⁽¹³⁾。もっとも、譲渡担保権者が目的物に対する取戻権を主張することが認められるか否かについては、本判決からは明らかではない。

(2) RG 1927 年 10 月 14 日判決（RGZ 118, 209）

①事実の概要

X は破産者 G から 19000RM の手形債権の担保として、総額 38300RM の棒鉄、金属板、鋳鉄等を所有権譲渡されたと主張して、G の破産管財人 Y に対して、KO43 条の取戻権に基づいてこれらの物の引渡しを請求した。これに対して、Y は、これらの物の所有権譲渡は G の支払い停止の後で行われたとして、破産否認を主張した。1 審及び控訴審は、X の請求を棄却したため、X は上告するとともに、目的物に対する別除権の承認を予備的請求として加えた。

②判旨

RG 1927 年 10 月 14 日判決は、以下のように判示して、X の主位的請求を否定するとともに、別除権の承認を求めた予備的請求についても、訴えの変更（Klageänderung）の要件を満たさないとして否定し、X の上告を棄却した。

「X は Y に対して、X が所有権を有すると自称する特定の物の引渡しを請求する。それについて

⁽¹³⁾ RG 1917 年 10 月 10 日判決（RGZ 92, 12）は、本判決を引き合いに出しつつ、「このような原則は信託関係（Treuhandverhältnis）の目的物が不動産であるときにも適用されなければならない」（RGZ 92, 12, 15）として、目的物が不動産の場合も同様であると判示した。また、比較的最近において、本判決と同様に債権譲渡担保が問題となった事案である BGH 1985 年 7 月 1 日判決（BGHZ 95, 149, 152）も、「債権譲渡担保（Sicherungsabtretung）の場合には、担保権者は担保権設定者の破産において質権者のように取り扱われる。」と判示する。

て、訴状 (Klageschrift) も明示的に強調するように、X は破産者に帰属しない目的物の破産財団からの取戻し (KO43 条) を請求する。その請求権は譲渡担保が根拠とされる。しかしながら、ライヒ裁判所の判例においては以前から、債権者のための、債務者の財産に関する破産における譲渡担保は、取戻権を根拠付けるのではなく、単に別除的満足に対する権利 (Recht auf abgesonderte Befriedigung) のみを根拠付けるということが確定している (RGZ 24, 48f.; 91, 15)。訴えは最初から根拠を欠く。」

③考察

動産の譲渡担保権者 X が、担保権設定者 G の破産手続において、KO43 条の取戻権に基づいて担保目的物である動産の引渡しを、G の破産管財人 Y に対して請求した事案である。RG は、RG 1889 年 2 月 2 日判決などを引き合いに出し、設定者の破産手続において、譲渡担保権が別除権のみを根拠付けることは、ライヒ裁判所の確定した判例であるとして、X の請求を否定した。本判決においては理由が明確には判示されなかったが、設定者の破産手続において、譲渡担保権者は目的物に対する別除権のみを行使することができ、取戻権を行使することができないことが明らかにされた。本判決により、設定者の破産手続において譲渡担保権は取戻権ではなく別除権として取り扱われるという判例の立場が、揺るぎないものとなったといえることができる。

3. その後の裁判例の展開

以上のように、設定者の破産手続において譲渡担保権者は取戻権ではなく別除権を有するという判例の立場は、比較的早くに既に確立していた。以下においては、このような判例法理を根拠として、破産手続以外の場合においても譲渡担保権を担保的に取り扱うことができるか否かが問題となった主要な裁判例を検討する。

(1) RG 1929 年 4 月 9 日判決 (RGZ 124, 73)

①事実の概要

Y (国) は商人 S に対する 1326729.11RM の租税債権に基づいて、1926 年 11 月 16 日に、S の下にある住居の設備品 (Wohnungseinrichtung) など多数の目的物を差し押さえた。これに対して、X は、1925 年 10 月 5 日の書面による契約で、本件目的物を 10000RM の債権の担保のために S から譲渡担保として提供されたとして、ライヒ租税通則法 (Reichsabgabenordnung; RAbgO) 301 条⁽¹⁴⁾に基づいて、Y による本件目的物の差押えは許されないということを主張した。1 審の地方裁判所は X の訴えを認容したため、Y は飛躍上告した。

⁽¹⁴⁾ RAbgO301 条「(1) 第三者が強制執行の目的物に対して譲渡を妨げる権利 (ein die Veräußerung hinderndes Recht) を有することを主張する場合、または民事訴訟法 772 条乃至 774 条に従った抗弁 (Einwendungen) がなされる場合には、差押えに対する異議 (Widerspruch gegen die Pfändung) は、必要であれば (erforderlichenfalls) 訴えによって主張されなければならない。管理する財産への強制手続の受忍 (Duldung des Zwangsverfahrens) を義務づけられている者も、その者に帰属する目的物が強制執行によって害されていることをその者が主張するとき、第三者と見なされる。(2 項以下略)」

②判旨

RG 1929 年 4 月 9 日判決は、以下のように判示して、Y の飛躍上告を棄却した。

「BGB930 条⁽¹⁵⁾によって行われた占有移転は、当事者の合意によって物権的な有効性について何一つ変更され得ない、完全な民法上の所有権を根拠付ける。そのような合意を考慮して、譲渡担保権は単なる信託的な所有権 (fiduziarisches Eigentum) であると言われるが、そのことから譲渡担保権が他の所有権よりも小さい物権的な力 (geringere dingliche Kraft) しか付与されていないと推論されることは許されない。」「法的に有効な、占有改定によって行われた譲渡担保は、経済的には単なる質権設定を意味するため、RABGO301 条の意味における譲渡を妨げる権利を根拠付けないということは導き出されない。」「ライヒ裁判所 (Reichsfinanzhof) の鑑定意見は、破産においても譲渡担保権は取戻権ではなく、単に質権のように別除権のみが認められるということを指摘する。このような見解は、ライヒ裁判所の判例に対応する (RGZ 91, 14; 118, 209)。しかしながら、それに対する究極の理由は、譲渡担保権は劣った権利の所有権 (Eigentum minderen Rechtes) であり、経済的には質権と同等であるという事情において存在するのではなく、破産は物権法上の関係のみならず、譲渡担保の基礎にある人的な関係 (persönliches Verhältnis) も即座に解決することを強いるということにある。担保権者は、物を取り戻すと同時に、担保権者の全ての債権に基づいて財団からの満足を請求することは許されない。担保権者は、所有権譲渡された目的物の価値を、それが担保権者の債権を上回らない限りでのみ請求することができる。残りの部分については、担保権者は財団に価値を与えなければならない。このような法的状況は、譲渡担保権者に別除権を承認するという調整を導く。破産の外では、譲渡担保権者は所有権を追求することを妨げられていない。」

③考察

国である Y が租税債権に基づいて、債務者 S が占有する目的物を差し押さえたことに対して、本件目的物の譲渡担保権者 X が RABGO301 条に基づいて第三者異議の訴えを提起した事案である。RG は、譲渡担保権は完全な民法上の所有権であり、RABGO301 条所定の「譲渡を妨げる権利 (ein die Veräußerung hinderndes Recht)」であるとして、X の訴えを認容した。本件は破産の事案ではないが、譲渡担保権は設定者の破産手続において質権のように別除権のみが認められるという Y の主張に対して、譲渡担保権が経済的には質権と同等であることがこのような取り扱いの理由ではなく、破産手続以外の場合には、譲渡担保権者は所有権を追求することが妨げられないと判示した。本判決は、RG 1889 年 2 月 2 日判決とは異なり、設定者の破産手続において譲渡担保権を別除権として取り扱う理由を質権との類似性に求めなかった点が特徴的であり、破産手続以外の場合において譲渡担保権を担保的に取り扱うことに消極的な立場を表明したものと評価することができる。

⁽¹⁵⁾ BGB930 条 (占有改定) 「所有者がその物を占有するとき、取得者がその物の間接占有を獲得する関係が所有者と取得者の間で合意されることによって、引渡し (Übergabe) は補われることができる。」

(2) RG 1934 年 10 月 2 日判決 (RGZ 145, 188)

①事実の概要

ベルリンの商人 M.S. は、1930 年 10 月 18 日の公正証書による契約によって、総額 22650RM 相当の家具等の目的物を妻 J.S. に対して所有権譲渡した。1931 年 4 月 13 日の契約によって、妻 J.S. は D 銀行に対して、D 銀行が夫 M.S. 経営の会社に対して有する債権を担保するために、本件目的物を譲渡担保として提供した。1932 年 7 月 6 日の合意によって、D 銀行は M.S. に対する債権及び本件目的物の譲渡担保権を X に譲渡した。1932 年 7 月 16 日及び 30 日に、M.S. に対して債権を有する Y は、総額約 30000RM の債務名義に基づいて、債務者 M.S. が占有する本件目的物を差し押さえた。本件目的物の一部が競売にかけられ、その売却益は 6580.12RM であった。X は本訴を提起して、所有権に基づく強制執行の不許可及び競売の売却益の支払いを求めた。それに対して、Y は反訴を提起し、1930 年 10 月 18 日の契約及び 1932 年 7 月 6 日の合意の債権者取消法 (Anfechtungsgesetz; AnfG) 旧 3 条 1 号⁽¹⁶⁾ に基づく取消しを主張した上で、競売の売却益を請求した。1 審及び控訴審は、本訴を棄却して反訴を認容したため、X が上告した。

②判旨

RG 1934 年 10 月 2 日判決は、1930 年 10 月 18 日の契約の取消しを肯定した上で、1932 年 7 月 6 日の合意についても以下のように判示して取消しを肯定し、X の上告を棄却した。

1931 年 4 月 13 日の契約について、「1930 年 10 月 18 日の契約で J.S. によって取消し可能な方法で取得された目的物は、経済的に見ると、J.S. の財産から除外されておらず、取消し可能な取得の性質を失わなかったということが、控訴審裁判官によってされた認定から判明する。なぜなら、J.S. が 1931 年 4 月 13 日の契約によってこれらの目的物を D 銀行に所有権譲渡したとき、これらの所有権譲渡は専ら担保のために行われ、そして D 銀行が満足した場合には再移転するという D 銀行の義務づけとともに行われたからである。そのような経済的には質権の代わりとなる譲渡担保は、所有権譲渡された目的物を所有権譲渡者 (Übereignende) の財産から決定的に除外させるものではなく、むしろそれらの目的物は、ライヒ裁判所による確定した判例 (例えば、RGZ 24, 50; 91, 15; 118, 209) において承認されたように、実質的及び経済的にはなお所有権譲渡者の財産に属していると思なされる。実際に、破産の場合においても、取得者には別除権のみを認め、取戻権を認めない。したがって、1931 年 4 月 13 日の契約にもかかわらず、目的物は経済的に見ると J.S. に属しており、さらにまた、目的物には取消し可能な取得という瑕疵 (Mangel) が付着していた。」1932 年 7 月 6 日の合意において D 銀行の譲渡担保権を承継した X について、「債権者の不利益 (AnfG 3 条 1 号) に基づく取消しは X に対して何の問題もなく行われる。」

⁽¹⁶⁾ AnfG 旧 3 条 1 号「債務者が、債権者を害する意図で、それを知る他方当事者とした法的な行為 (Rechtshandlungen) は、取消し可能である。」なお、債権者取消法は、我が国における詐欺行為取消権 (民法 424 条以下) に相当する内容を規定している。

③考察

訴外 M.S. が妻 J.S. に目的物を所有権譲渡した後、J.S. は訴外 D 銀行に本件目的物を M.S. に対する債権の担保のために譲渡担保として提供し、さらに D 銀行は M.S. に対する債権及び本件目的物の譲渡担保権を X に譲渡したところ、M.S. の債権者 Y が M.S. 占有の本件目的物を差し押さえて競売にかけたため、X は本訴を提起して強制執行の不許可及び売却益の支払いを求めた一方、Y は反訴を提起して X による債権者詐欺を主張した上で売却益を請求した事案である。RG は、M.S. から J.S. への本件目的物の所有権譲渡を詐欺行為と認定して取り消した上で、J.S. が D 銀行に本件目的物を譲渡担保として提供したことについて、本件目的物は実質的及び経済的には J.S. の財産に属しているとして、取消可能性は消滅せず、D 銀行から本件目的物の譲渡担保権を譲り受けた X に対しても、Y は取消しを主張することができると判示した。本判決においては、設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いを根拠として、譲渡担保の担保としての実質から、譲渡担保権者を目的物の転得者として取り扱わず、目的物が設定者に帰属しているものとして取り扱った点が特徴的である。この点において、破産手続以外の場合において譲渡担保権を担保的に取り扱うことに消極的な立場を表明した RG 1929 年 4 月 9 日判決とは対照的である。

(3) BGH 1959 年 2 月 12 日決定 (WM 1959, 372)

①事実の概要

破産者 G は、K 会社から甲乙 2 つの工作機械 (Werkzeugmaschinen) を代金 30500DM で購入した。Y 銀行は、G との間で本件機械の残代金 25083.21DM を融資する旨の消費貸借契約を締結した。Y は、K が振り出し G が引き受けた 18 の為替手形と交換に、貸金を K に対して支払った。その際に、本件機械に対する所有権は貸金の支払いとともに K から G に移転し、さらに貸金の担保のために G から Y に移転することが合意された。G が本件機械の占有を獲得した後に支払い困難に陥ったため、K は振出人として全手形のうち 1400DM に関する手形の償還を余儀なくされた。G の破産開始後に、X は破産管財人として残りの為替手形を償還した。X は Y に対して本件機械の所有権の再移転 (Rückübertragung) を請求した。1 審は X の請求を全て認容したが、控訴審は、X に対する 1400DM の償還請求権の担保として、K への乙機械の所有権移転を Y は義務づけられているため、Y は X に対して乙機械の所有権を再移転する義務はないと判示して、甲機械に関する請求のみを認容した。これに対して X は上告し、その際に、本件事案における上告の訴額 (Revisionssumme) は被担保債権額の 1400DM ではなく、係争中の乙機械の現時点の価値 10740DM であると主張した⁽¹⁷⁾。

⁽¹⁷⁾ 1959 年当時、上告の訴額は 6000DM を超えることが上告の要件とされていた (Bernhard Wieczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 3, § 542-591, 2005, § 542 [Hanns Prütting], Rdnr. 20.)。2001 年のドイツ民事訴訟法典 (ZPO) 改正によって、上告の訴額制限は撤廃されたが、ドイツ民事訴訟法施行法 (EGZPO) 26 条 8 号において、経過規定として 20000 ユーロの訴額制限が規定されている。本規定は 2006 年と 2011 年の 2 度の延長を経て、2014 年 12 月 31 日まで効力を有することとなっている。この問題について、詳しくは、勅使川原和彦「ドイツ上訴法改革の現状と課題」比較法学 42 巻 1 号 205-206 頁を参照。

②判旨

BGH 1959 年 2 月 12 日決定は、以下のように判示して、X の上告を却下した。

「価額 (Streitwert) の問題の決定に対して、譲渡担保権は完全な所有権と同等に扱われることはできない。法律上の取引における譲渡担保権の形成によると、譲渡担保権は所有権の特徴と質権の特徴を併せ持つ。法律において、それは積極的には規定されていない。それ故に、価額の算定に関する分類のために、ZPO6 条⁽¹⁸⁾ が準用可能であるか、すなわち、譲渡担保権はその本質に従って所有権と見なされなければならないか、それとも質権と見なされなければならないかが問題である。当裁判所は、譲渡担保権は所有権よりも質権に近いという見解である。それは完全な所有権ではない。なぜなら、それは担保権者に、物について好き勝手に振る舞う権利を与えないからである。担保権者は、物から一般に質権者と類似の方法においてのみ満足を得ることが許される。このような法の形 (Rechtsfigur) の形成に関する本質的な理由は、経済活動のために、法律が通常の質権に課する制約から解放される担保権を創設することであった。このようなものの見方から、また判例及び学説において一般に支配的な見解によると、担保権者には、担保権設定者の破産において取戻権ではなく、一質権者のように一別除権のみが与えられる (特に RGZ 145, 188, 193)。」「それ故に、X の請求権は、経済的にのみならず、また法的にも完全な所有権よりも質権に相当に近い、制限された所有権の再移転のみに向けられる。このことは、価額の算定に対するそのような場合において ZPO6 条の規定を準用することを正当化する。したがって、本件事案における価額は、債権の価値に従って決定されなければならない。」

③考察

譲渡担保の目的物に関する訴訟の上告において、訴額は目的物の価額に従うか、それとも被担保債権の額に従うかが問題となった事案である。上告人 X は目的物の価額 10740DM を訴額として主張したが、BGH は、譲渡担保権は所有権よりも質権に近い権利であるとした上で ZPO6 条を準用し、本件事案においては被担保債権の額 1400DM が訴額であり、6000DM の訴額制限を下回るために上告の要件を満たさないとし、X の上告を却下した。本決定においては、上告審における訴額の決定について、前述の RG 1934 年 10 月 2 日判決と同様に、設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いを根拠として、譲渡担保権を所有権ではなく担保権として取り扱っているが、RG 1934 年 10 月 2 日判決からさらに進んで、譲渡担保権の質権との類似性について詳細に言及されている点が注目されるべきである。

⁽¹⁸⁾ ZPO6 条 (占有、担保提供、質権)「価額は、物の占有が問題となるときは、その物の価額により、債権の担保提供 (Sicherstellung) 又は質権が問題となるときは、債権の額により定める。質権の目的物の価額がこれよりも下回るときは、この価額を基準とする。」訳は法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典—2011 年 12 月 22 日現在—』22 頁 (法曹会 平成 24 年) を参照した。

(4) BGH 1979 年 10 月 24 日判決 (KTS 1980, 136)

①事実の概要

1975 年 3 月 25 日に、F 会社は 2 つの梱包機械 (Briefhüllenmaschinen) を、F に対して 60000DM の債権を有する X に譲渡担保として提供した。その後、F による X に対する弁済は行われず、1975 年 5 月 15 日に、W 地域健康保険組合 (Allgemeine Ortskrankenkasse; AOK) が F の財産に関する破産手続の開始を申し立て、1975 年 7 月 21 日に認められた。Y は破産管財人に選任された。1975 年 8 月 18 日の契約によって、Y は F の営業用地の一部を、本件機械を含めた従物とともに H 会社に対して、月 21000DM (後に 10000DM に減額) の賃料で使用賃貸した。破産債権者の申立てに対する 1976 年 7 月 1 日の決定によって、本件営業用地の強制管理が命じられた。X は Y に対して、使用賃貸された本件営業用地の賃料のうち、本件機械に相当する分の、1975 年 8 月 18 日から 1976 年 7 月 1 日までの間に生じた賃料の引渡しを請求する。1 審は訴えを認容したが、控訴審は訴えを棄却したため、X が上告した。

②判旨

BGH 1979 年 10 月 24 日判決は、以下のように判示して、X の上告を棄却した。

「譲渡担保は法律において規定されていないため、担保権者に対する換価権限の一般的な法律上の限定も存在しない。他の担保権との比較は、使用収益権 (Nutzungsrecht) の承認に有利というよりむしろ不利である。動産に対する質権の場合には、使用収益権は特別に合意されていないければならない (BGB1213 条⁽¹⁹⁾, 1228 条⁽²⁰⁾)。」「所有者に認められる全ての行為をする権利を担保権者に付与するという、所有者類似の地位 (eigentümerähnliche Stellung) に関する上告の指摘は失当である。なぜなら、譲渡担保権はまさに、完全な、拘束のない所有権ではなく、担保権設定者の破産においては取戻権ではなく別除権のみを有する換価権限が認められるに過ぎないからである。それ故に、このような権限の範囲は完全な所有者の地位からは決定されない。譲渡担保の意義と目的は、債権の不履行の場合における担保財産からの満足を担保権者に保証することであるが、しかしながら、担保権設定者による事業の継続を可能にするため、通常は所有権譲渡された目的物を利用のために担保権設定者にとどめておくことである。このような目的は、担保権者による換価のための (合意された) 要件が生じたことによって、必然的には変更されない。担保権者は、換価をすぐに開始することを義務づけられていない。他方ではまた、担保権者は、合意された方法とは異なった方法で担保権設定者の営業に介入する権利を与えられていな

⁽¹⁹⁾ BGB1213 条 (用益質) 「(1) 質権は、質権者が質物 (Pfand) を使用収益する権利を有するという方法において、設定され得る。(2) 性質上果実を生み出す物が質権者に単独占有 (Alleinbesitz) で引き渡される場合において、疑わしいときは、質権者は果実収取 (Fruchtbezug) の権利を有することが推定される。」

⁽²⁰⁾ BGB1228 条 (質物売却による満足) 「(1) 質物からの質権者の満足は、売却 (Verkauf) によって行われる。(2) 債権の全部または一部について弁済期が到来すると同時に、質権者は売却の権利を有する。(2) 義務の対象 (geschuldete Gegenstand) が金銭ではない場合には、債権が金銭債権 (Geldforderung) に転化したときに初めて、売却は認められる。」

い。しかしながら、担保権者がこのような意思に反して使用利益のみを請求するならば、つまり使用利益が担保権設定者から奪い取られるならば、このような介入が行われるといえるであろう。」「このような理由から、特別な合意なく、譲渡権（Veräußerungsrecht）とは異なった権利は換価権限の通常の内容には属し得ない。」

③考察

譲渡担保権者 X が、設定者 F の破産管財人 Y に対して、目的物の使用賃貸から生じた賃料の引渡しを請求した事案である。BGH は、動産質権の場合における質権者の使用収益権は特別の合意を要すること、破産の場合のように、譲渡担保権者の権限は完全な所有者の地位からは決定されないこと、担保権者には通常は設定者の営業に介入する権利を与えられていないことから、X の請求を否定した。本判決においても、質権者等の他の担保権者と同様に、譲渡担保権者に目的物の使用収益権を原則として認めない根拠として、設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いが言及された。以上のような裁判例の展開から、設定者の破産手続において譲渡担保権者が別除権者として取り扱われるという判例法理は、例外的な場面において譲渡担保権を担保的に取り扱うための根拠として用いられていること、そしてその際には質権との類似性が意識されていることが分かる。

三 学説の評価

以上のように、旧ドイツ破産法の下では、判例は設定者の破産手続において譲渡担保権者に取戻権を認めず、一貫して別除権者として取り扱っていた。このような判例法理に対して批判的な学説は存在せず、学説においても支配的な見解であったといえるが⁽²¹⁾、その理由について明確に論じたものは乏しい。これは既に見たように、ドイツにおいてはかなり早い段階で RG がこの問題に関する判例法理を確立し、学説における議論の余地が少なかったためであると考えられる。

このような中で、設定者の破産手続において譲渡担保権者を別除権者とする根拠について検討を試みた数少ない学説として、Serick の見解が存在する。Serick は、「破産は譲渡担保の奥底の構造を暴露する⁽²²⁾」として、破産手続における譲渡担保権を検討する意義を強調する。そして、上で挙げたような RG の主要な裁判例を検討した上で、設定者の破産手続において譲渡担保権を別除権として取り扱うことは、次のような理由から解釈上正当化され得ると主張する。すなわち、譲渡担保権には、原則的な場合における完全な権利（Vollrecht）と例外的な場合における単なる質権のような権利（bloß pfandrechtsartige Berechtigung）との間の変動の幅（Schwankungsbreite）が内在し、このような変動の幅は、破産における担保権者、担保権設定者及び一般債権者の利益に加え、また取戻権や別除権等を規定する規範の目的を考慮することを許すからである、という⁽²³⁾。以上のような主張から、Serick は、譲渡担保権は所有権と質権の両方の性質を

⁽²¹⁾ Serick, EuS III, aa.O. (Fn. 11), S. 266. また、田高・前掲注（4）93-94 頁も参照。

⁽²²⁾ Serick, EuS III, aa.O. (Fn. 11), S. 265.

有する権利であるという理解の下で、原則的には譲渡担保権者は譲渡担保の所有権移転という法形式に従って所有者として取り扱われるが、例外的な場合においては質権者と同様に取り扱う余地が認められ、そして設定者の破産手続における譲渡担保権はまさにこの例外的な場合に該当すると考えていたことが分かる。

四 本章のまとめ

旧ドイツ破産法典においては、設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いの規定されていなかったが、判例は当初からこれを別除権として処理していた。その理由として、RG 1889年2月2日判決は、譲渡担保権が債務の履行を促す手段として用いられるという点で、実質的には質権と同様であることを挙げる。その後の裁判例においては、設定者の破産手続におけるこのような譲渡担保権の取り扱いを根拠として、破産手続以外の場合にも譲渡担保権を担保的に取り扱うことができるか否かが問題となった。RG 1929年4月9日判決は、設定者の破産手続における取り扱いは破産の特殊性によるものであって質権との類似性によるのではないとして、これを消極的に解した。しかしながら、その後は設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いを根拠として譲渡担保権を担保的に取り扱う裁判例が相次ぎ、その際には譲渡担保権の質権との類似性が言及されている。

学説においても、設定者の破産手続において譲渡担保権を別除権として取り扱うことについて特に異論は存在しないが、その理由について明確に論じているものは少ない。その中でSerickは、譲渡担保権は所有権と質権の両方の性質を有する権利であるという理解の下で、例外的な場合に譲渡担保権を質権と同様に取り扱う余地が認められるとして、設定者の破産手続において、譲渡担保権を別除権とすることを正当化する。

Ⅲ ドイツ倒産法典の立法過程における展開

一 序論

本章においては、設定者の倒産手続における譲渡担保権の取り扱いが、ドイツ倒産法典の立法過程でどのように議論されたかについて検討する。ドイツ倒産法典は、ドイツ破産法典、ドイツ和議法典に加え、旧東ドイツの領域に適用されていたドイツ包括執行法典（Gesamtvollstreckungsordnung）を統合したものであるが、その成立過程においては、1994年に連邦議会及び連邦参議院の審議を経て成立するまでの間に、討議草案（Diskussionsentwurf）、参事官草案（Referentenentwurf）及び政府草案（Regierungsentwurf）という3つの草案が作成された⁽²⁴⁾。これらの各草案においては、個別的な規定ごとに詳細な立法理由がそれぞれ述べられている。そこで以下においては、設定者の倒産手続における譲渡担保権が、ドイツ倒産法典の各草案におい

⁽²³⁾ Serick, EuS III, aa.O. (Fn. 11), S. 269.

⁽²⁴⁾ ドイツ倒産法典の成立過程について、吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』1-2頁（成文堂 平成19年）参照。

てどのように規定されていたかを確認するとともに、その立法理由についても検討する。

二 討議草案

1978年に設置された倒産法委員会による検討を経て、1988年に討議草案が作成された⁽²⁵⁾。討議草案においては、設定者が倒産した場合に譲渡担保の目的物は倒産財団（Insolvenzmasse）に帰属することが規定された上で（40条1項2号⁽²⁶⁾）、譲渡担保権者は別除権を有するものとされた（55条1項2号⁽²⁷⁾）。このように規定する理由については、以下のように説明されている。

「債務者が請求権の担保のために移転した目的物が倒産財団に属するという事は、既に現行の破産法で承認されている。債権が譲渡担保または債権譲渡担保（Sicherungsabtretung）によって担保されている債権者は、従来から既に別除権者の地位を有する。このことはドイツ和議法典においては法律の文言にも現れていた（Vergl O27条2項）。このような法的な分類については、譲渡担保が経済的な考慮において所有権よりも質権に近いという事実が考慮される⁽²⁸⁾。」

三 参事官草案

討議草案に修正を加えたものとして、参事官草案が1989年に公表された。参事官草案においては、規定の内容自体に大きな変更は加えられていないが、設定者が倒産した場合に譲渡担保の目的物が倒産財団に帰属する旨の討議草案40条に相当する規定が削除され、譲渡担保権者は別除権を有することのみが規定された（55条1項2号⁽²⁹⁾）。この規定の理由については、討議草案とほぼ同様に、以下のように説明されている。

「動産または権利が請求権の担保のために移転された債権者は別除権を有する債権者の地位を有するという事は、既に現行の破産法で承認されている。このことはドイツ和議法典において

⁽²⁵⁾ 吉野・前掲注（24）1-2頁。

⁽²⁶⁾ 40条1項（所有権留保、譲渡担保）「（1）次の各号に掲げるものも、倒産財団に属する。1. 債務者に所有権留保の下で売却され、引き渡された動産；2. 債務者が請求権の担保のために所有権譲渡した動産；3. 債務者が請求権の担保のために移転した権利。」なお、討議草案及び後述する参事官草案の段階においては、所有権留保も譲渡担保と同様に別除権として取り扱うものとされていた。その詳細な経緯については、三上威彦編著『ドイツ倒産法改正の軌跡』81-82頁（成文堂 平成7年）、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』122-133頁（成文堂 平成11年）を参照。

⁽²⁷⁾ 55条1項（所有権留保、譲渡担保）「（1）第54条（質権者の別除的満足）に挙げられた債権者と、次の各号に掲げる債権者は同等である。1. 債務者に売却され、引き渡された動産に対する所有権を留保された債権者；2. 債務者が請求権の担保のために動産を所有権譲渡した債権者；3. 債務者が請求権の担保のために権利を移転した債権者。」

⁽²⁸⁾ Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts: mit allgemeiner Begründung und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, 1988, Begründung zu § 40, S. 33 (3. Teil).

⁽²⁹⁾ 55条1項（所有権留保、譲渡担保）「（1）第54条（質権者の別除的満足）に挙げられた債権者と、次の各号に掲げる債権者は同等である。1. 債務者に売却され、占有が債務者に移転された動産に対する所有権を留保された債権者；2. 債務者が請求権の担保のために動産を所有権譲渡した債権者；3. 債務者が請求権の担保のために権利を移転した債権者。」

は法律の文言にも現れていた (VerglO27 条 2 項)。このような法的な分類については、譲渡担保が経済的な考慮において所有権よりも質権に近いという事実が考慮される (1 項 2, 3 号)⁽³⁰⁾。」

四 政府草案及び現行のドイツ倒産法典

1992 年に政府草案が法案として議会に提出された⁽³¹⁾。討議草案及び参事官草案と同様に、設定者の倒産手続において、譲渡担保権者は別除権を有するものと規定されており (58 条 1 号⁽³²⁾)、その理由についての記述は参事官草案と全く同じである⁽³³⁾。

そして以上のような 3 つの草案を経て 1994 年に成立したドイツ倒産法典においても、これまでの各草案と同様に、設定者の倒産手続において譲渡担保権は別除権として取り扱われることが規定された (InsO51 条 1 号⁽³⁴⁾)。これによって、旧ドイツ破産法の下で既に確立していた、設定者の破産手続において譲渡担保権を別除権として取り扱うという判例法理が条文上も明文化されるに至った。学説においては、譲渡担保は経済的には所有権譲渡よりも質権設定 (Verpfändung) に近く、担保契約によって担保目的物は譲渡担保権者に決定的に帰属するものではないこと⁽³⁵⁾、譲渡担保権は経済的には非占有質権 (besitzloses Pfandrecht) であることなど⁽³⁶⁾、各草案における理由書と同様に、譲渡担保権の質権との経済的な類似性が根拠とされている⁽³⁷⁾。

五 本章のまとめ

ドイツ倒産法典の立法過程において、少なくとも草案のレベルでは⁽³⁸⁾、設定者の倒産手続において譲渡担保権は一貫して別除権として取り扱われている。その理由として、いずれの草案も、旧ドイツ破産法で既に認められていること、譲渡担保権は経済的には所有権よりも質権に近いことの 2 点を挙げている。そして、これらの草案を踏まえて 1994 年に成立したドイツ倒産法典の 51 条 1 号において、譲渡担保権者は質権者と同様に別除権を有することが条文上も明確にされた。

⁽³⁰⁾ *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts: mit allgemeiner Begründung und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, 1989, Begründung zu § 55, S. 49 (3. Teil).

⁽³¹⁾ 吉野・前掲注 (24) 2 頁。

⁽³²⁾ 58 条 (譲渡担保) 「第 57 条 (質権者の別除的満足) に挙げられた債権者と、次の各号に掲げる債権者は同等である。1. 債務者が請求権の担保のために動産を所有権譲渡した債権者；2. 債務者が請求権の担保のために権利を移転した債権者。」

⁽³³⁾ Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), 1992, BT-Drucks. 12/2443, Begründung zu § 58, S. 125.

⁽³⁴⁾ InsO51 条 (その他の別除権者) 「以下の者は、第 50 条 (質権者の別除的満足) に挙げる債権者と同等とする。1. 債務者が請求権の担保のために動産を所有権譲渡したか又は権利を移転した債権者 (2 号以下略)。」訳は吉野・前掲注 (24) 99 頁を一部参照したが、用語の正確性を期するため一部修正した。

⁽³⁵⁾ *MünchKer/Ganter*, aa.O. (Fn. 11), Rdnr. 9.

⁽³⁶⁾ *Peter Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 43 [*Peter Gottwald*], Rdnr. 50.

⁽³⁷⁾ 吉野・前掲注 (24) 30 頁。

⁽³⁸⁾ 倒産法委員会における検討の詳細については、三上・前掲注 (26) 23-35 頁、木川・前掲注 (26) 122-124 頁を参照。

この規定の根拠について、学説においては、譲渡担保権の質権との経済的な類似性が根拠とされているものが多い。

Ⅳ 日本法への示唆

これまでの検討から、①ドイツ法においては、旧ドイツ破産法の時代の判例法理から現在の立法に至るまで一貫して、設定者の破産・倒産の場合に譲渡担保権は取戻権ではなく別除権として取り扱われてきたこと、②設定者の破産手続において譲渡担保権が別除権とされることを根拠として、設定者の破産手続以外の場合にも譲渡担保権を担保的に取り扱う複数の裁判例が存在すること、③その理由として判例、学説及びドイツ倒産法典の立法過程において、質権との実質的及び経済的な類似性が指摘されていることが明らかとなった。以下においては、これら3つの点が日本法における譲渡担保権の解釈にどのような示唆を与えるかについて順に検討する。

①設定者の倒産手続における譲渡担保権

我が国には倒産手続に関する主な法律として、破産法、民事再生法、会社更生法などが存在するが、いずれの法律においても設定者の倒産手続における譲渡担保権の取り扱いの規定されていない。しかしながら、我が国においても、ドイツ法と同様に、設定者の倒産手続において譲渡担保権を他の担保権と同様に別除権（会社更生の場合には更生担保権）として取り扱う見解が現在では通説となっている⁽³⁹⁾。また、判例（最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁）も設定者の会社更生の事案において、譲渡担保権を更生担保権として取り扱っている⁽⁴⁰⁾。したがって、設定者の倒産手続における譲渡担保権の取り扱いについては、我が国とドイツの法状況に大きな差は存在しないことが分かる⁽⁴¹⁾。

②裁判例による譲渡担保権の担保的取り扱いの拡大

上記のような設定者の破産手続における譲渡担保権の取り扱いを根拠として譲渡担保権を担保的に取り扱うことについて、当初のドイツの裁判例は破産の特殊性を理由に消極的であった（RG 1929年4月9日判決）が、その後は複数の裁判例において譲渡担保権が担保的に取り扱われており、その際には設定者が破産した場合に譲渡担保権が別除権として取り扱われることが根拠とされている（RG 1934年10月2日判決など）。ドイツ法においては、譲渡担保によって譲渡担保権者は形式通りに目的物の所有権を取得するものとされているにもかかわらず、このような裁判

⁽³⁹⁾ 道垣内弘人『担保物権法 第3版』324-325頁（有斐閣 平成20年）、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権〔第2版補訂〕』308-309頁、318頁（成文堂 平成19年）。もっとも、譲渡担保権者は取戻権を有するとする見解も以前は有力に主張されていた。この問題に関する我が国における学説の展開についての詳細は、斎藤秀夫・麻上正信・林屋礼二編『注解破産法〔第3版〕上巻』575-580頁〔野村秀敏〕（青林書院 平成10年）を参照。

⁽⁴⁰⁾ 最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁は、「譲渡担保権者は、更生担保権者に準じてその権利の届出をなし、更生手続によってのみ権利行使をなすべきものであり、目的物に対する所有権を主張して、その引渡を求めることはできないものというべく、すなわち取戻権を有しないと解するのが相当である。」と判示している。

⁽⁴¹⁾ 田高・前掲注(4) 171頁。

例の展開によって、例外的な場合に限られてはいるものの、設定者の破産手続の場合だけではなく、それを根拠として譲渡担保権の担保的な取り扱いが拡大されてきたことは注目に値する。

我が国においては、既に①で述べたように、最高裁昭和41年4月28日判決は設定者の会社更生手続において譲渡担保権を更生担保権であると判示した。本判決が直接の根拠とされているわけではないが、その後の最高裁裁判例において譲渡担保権を担保的に取り扱うものが多数見られるようになったことから⁽⁴²⁾、学説においては、本判決はこのような裁判例の展開に対して重大な影響を与えたものとして理解されている⁽⁴³⁾。

以上のことから、ドイツ法においても日本法においても、程度の差はあるが、設定者の倒産手続における譲渡担保権の取り扱いに関する判例法理は、譲渡担保権の担保的な取り扱いの拡大に寄与しているといえることができる。

③譲渡担保権と質権の類似性

我が国では、一般論においても個別的な問題の解決においても、譲渡担保権を担保的に構成する理由として、譲渡担保権と質権との類似性が判例及び学説において指摘されることは殆どない。もっとも、前稿で検討したように、譲渡担保と動産先取特権の競合において、譲渡担保権と質権との類似性を根拠として、先取特権と動産質権との競合に関する民法334条の類推適用を主張する見解が学説上は有力に主張されている⁽⁴⁴⁾。しかしながら、このような見解に対しては、動産質権と譲渡担保権には類似性がないとして、批判的な学説も少なからず存在し⁽⁴⁵⁾、譲渡担保権と質権との類似性が日本法において広く受け入れられているとは言い難い。これについては、譲渡担保が設定者による質物の占有を禁止する民法345条の脱法行為ではないかという疑問に対して、判例及び学説が、譲渡担保は質権とは異なるものであると強調することによって克服したという歴史的な背景が影響しているように思われる⁽⁴⁶⁾。

⁽⁴²⁾ 例えば、第三者の侵害に対する物権的請求権を設定者に認めたものとして最判昭和57年9月28日判時1062号81頁（道垣内・前掲注（39）302頁を参照）、譲渡担保権の物上代位性を肯定したものとして最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁、最決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁、譲渡担保の重複設定を認めたものとして最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

⁽⁴³⁾ 深谷松男「判批」民法判例百選Ⅰ〔第3版〕202頁、小林秀之「判批」倒産判例百選〔第4版〕102頁。また、本判決とはほぼ同時期に譲渡担保権者の清算義務が判例法理として確立したことも（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁など）、我が国における譲渡担保権の担保的な取り扱いの拡大に影響を与えたと考えられている。詳細は、田高・前掲注（4）161-165頁を参照。

⁽⁴⁴⁾ 角紀代恵「判批・最判昭和62年11月10日」法協107巻1号147-148頁、田高寛貴「判批・最判昭和62年11月10日」名古屋大学法政論集140号509-510頁、田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」奥田昌道編『林良平先生還暦記念論文集—現代私法学の課題と展望（上）』95頁（昭和56年 有斐閣）、近江幸治「動産売買先取特権をめぐる新たな問題点」半田正夫編『現代判例民法学の課題—森泉章教授還暦記念論集』385頁（昭和63年 法学書院）、伊野琢彦「集合動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣関係」山梨学院大学法学論集16号33-34頁。

⁽⁴⁵⁾ 中祖博司「集合物譲渡担保と動産売買先取特権の競合」NBL307号12頁、三上威彦「判批・最判昭和62年11月10日」法学研究62巻2号116頁、古積健三郎「『流動動産譲渡担保』と他の担保権の関係（2・完）」彦根論叢289号121-122頁。

これに対して、Ⅱ及びⅢにおける検討から、ドイツの裁判例においては、設定者の破産・倒産手続の場合に譲渡担保権を別除権として取り扱う理由として、理由を明確には判示しなかったRG 1927年10月14日判決と、破産の特殊性を前面に出したRG 1929年4月9日判決を除き、ほぼ一貫して質権との実質的及び経済的な類似性が挙げられており、このことはドイツ倒産法典の立法過程においても明確に述べられている。また、RG 1934年10月2日判決以降の裁判例において、設定者の破産手続の際に譲渡担保権を別除権とする上述の判例法理を根拠として、破産手続以外の場合にも譲渡担保権の担保的な取り扱いが拡大されているが、その際にも質権との類似性が強く意識されている。このことは、とりわけBGH 1959年2月12日決定において、「譲渡担保権は所有権よりも質権に近い」と判示されていることから明らかである⁽⁴⁷⁾。さらに、本稿の冒頭でも述べたように、一部の学説はこのような一連の判例法理を利用して、領域譲渡担保（集合動産譲渡担保）と使用賃貸人の質権の競合において、譲渡担保権を質権と同様に扱うことを試みている⁽⁴⁸⁾。このように、ドイツ法においては、目的物の所有権移転という譲渡担保の法形式が尊重されている一方で、それによって譲渡担保権と質権の類似性それ自体が否定されているわけではない。

このようなドイツ法の状況から、我が国においても、譲渡担保権と質権の類似性は完全には否定され得ないと考えられる。むしろ、ドイツ法と比較して、我が国の判例及び学説は譲渡担保権を担保権として取り扱うことを広く認めているのであるから、譲渡担保の法解釈において、譲渡担保の目的に沿う範囲で必要に応じて質権に関する諸規定を考慮することは決して不可能ではなく、このことは法解釈の指針を設けるという観点からも有益である。

もっとも、具体的にどのような場合に譲渡担保権と質権の類似性が考慮されるべきかについては、個別的な検討が必要である。また、これまで検討してきた動産担保の競合において、譲渡担保権と動産質権を同様に扱うことの意義についても、本稿における研究成果を踏まえて、さらに検討されるべきであり、この点は今後の課題である。

⁽⁴⁶⁾ 譲渡担保の脱法行為性に関する判例及び学説の展開について、田高・前掲注(4) 133頁、道垣内・前掲注(39) 306頁、近江・前掲注(39) 310頁。

⁽⁴⁷⁾ これに対して、田高・前掲注(4) 93頁は、RG 1929年4月9日判決を重視しており、このような理解には慎重である。

⁽⁴⁸⁾ Vortmann, aa.O. (Fn. 3), S. 628; Fischer, aa.O. (Fn. 3), SS. 544-545. もっとも、このような見解は、学説においては有力ではあるものの、判例(BGHZ 117, 200, 207f.)においては明確に否定されている。判例及び学説の詳細については、拙稿「譲渡担保と動産先取特権の競合」前掲注(1) 217-221頁を参照。また、当然のことながら、この見解も譲渡担保によって目的物の所有権が形式通りに譲渡担保権者に移転するという通説の立場を否定するものではない。